

# Der österreichische Ministerialentwurf zum E-Commerce-Gesetz

Ulrike Sehrs Schön, Maria König  
Wirtschaftskammer Österreich, [Ulrike.Sehrschoen@wko.at](mailto:Ulrike.Sehrschoen@wko.at)  
[Maria.Koenig@hotmail.com](mailto:Maria.Koenig@hotmail.com)

## **Zusammenfassung:**

Die E-Commerce-Richtlinie muss bis zum 17. Jänner 2002 ins österreichische Recht umgesetzt werden. Das Bundesministerium für Justiz hat dazu einen Ministerialentwurf für ein E-Commerce-Gesetz (ECG) vorgelegt. Der folgende Beitrag soll den Entwurf darstellen und Kritikpunkte und offene Fragen aufzeigen.

**Schlüsselwörter:** E-Commerce-Richtlinie, Umsetzung in Österreich, Inländerdiskriminierung

## **1. Einleitung**

Die sogenannte E-Commerce-Richtlinie 2000/13/EG [1] (im folgenden „ECRL“) ist bis 17. Jänner 2002 in nationales Recht umzusetzen. In diese Umsetzung werden große Erwartungen gesetzt, wurde doch die Verabschiedung der ECRL (in für das EU-Legislativverfahren Rekordzeit!) allgemein als großer Wurf gefeiert und als rasche und angemessene Reaktion der Gesetzgebung auf die Entwicklung und die Bedürfnisse des elektronischen Geschäftsverkehrs gelobt.

Nunmehr hat das österreichische Justizministerium einen Ministerialentwurf für ein E-Commerce-Gesetz (im folgenden ECG) zur Begutachtung vorgelegt [2], welches noch vor Jahresende 2001 im Parlament beschlossen werden soll, um das ECG fristgerecht mit 1.1.2002 in Kraft treten zu lassen.

Dieser Beitrag soll sich einerseits mit dem Entwurf als solchem auseinandersetzen und einzelne Bestimmungen und Umsetzungsfragen überblicksmäßig darstellen (Punkt 2). Kernbestimmung ist dabei natürlich die Umsetzung des Herkunftslandprinzips (Punkt 3), das hier jedoch nicht im Detail behandelt werden kann.

Weiters soll sich der Beitrag mit der Fragestellung befassen, was für den in Österreich niedergelassenen Diensteanbieter aus dem ECG – im Sinne der Zielsetzungen der Richtlinie – zu gewinnen ist (Punkt 4).

Insbesondere der effektive Rechtsschutz stellt dabei einen wichtigen Punkt (Punkt 5) dar.

Den Abschluss soll schließlich die Problematik der Inländerdiskriminierung in Zusammenhang mit nationalem Verfassungsrecht bilden (Punkt 6).

## **2. Der Ministerialentwurf zum ECG im Überblick**

Der Entwurf versucht die Vorgaben der Richtlinie möglichst genau umzusetzen, das ECG entspricht in weiten Teilen dem Text der Richtlinie.

Dass ein Einzelgesetz gegenüber Anpassungen in den diversen Materiengesetzen bevorzugt wurde, ist in den Erläuterungen überzeugend begründet. Ein anderer Weg wäre – auch in Anbetracht der kurzen Umsetzungsfrist (18 Monate) – kaum gangbar gewesen.

Was jedoch die Rechtsicherheit des Normunterworfenen betrifft, so ergibt sich weder aus dem ECG ein Hinweis auf die geltenden branchenspezifischen oder allgemeinen Vorschriften, noch aus letzteren ein Hinweis auf das ECG. Insbesondere für den ausländischen Diensteanbieter ist das auf ihn anwendbare Recht (soweit nicht durch das Herkunftslandprinzip verdrängt) letztlich nur schwer zu ermitteln.

Dieses Dilemma ist jedoch bereits seit Inkrafttreten des Fernabsatzgesetzes [3] bekannt: Der typische „New Economy“ – Unternehmer weiß oft nicht über zB gewerberechtlichen Vorschriften Bescheid, der „klassische“ offline-Händler ist nicht über das Fernabsatzgesetz informiert.

### **2.1 Anwendungsbereich und Definitionen**

Was den räumlichen Anwendungsbereich betrifft, so geht der Entwurf insofern über die ECRL hinaus, als die inhaltlichen Regelungen hinsichtlich Informationspflichten, Vertragsabschluss und Provider-Haftung (§§ 6- 20 ECG) allgemein – sofern natürlich überhaupt österreichisches Recht zur Anwendung kommt – gelten sollen; allein die

Bestimmungen über das Herkunftslandprinzip (§§ 21–24 ECG) und die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten untereinander (§ 28 ECG) sollen nur innerhalb der Europäischen Gemeinschaften gelten.

Interessant ist für letztere Bestimmungen die räumliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des ECG auf Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften (EU-15 - § 3 Z 7 ECG). Selbst wenn es sich naturgemäß um eine EU-Richtlinie handelt, stellt sich die Frage, ob die ECRL nicht von den EWR-Staaten als Teil des *acquis communautaire* übernommen werden muss und damit zumindest im gesamten EWR-Raum Geltung erlangen wird?

Auch die in Art 1 Abs. 5 lit d ECRL aufgezählten Tätigkeiten, für die die ECRL generell nicht gelten soll, sind nach dem ECG nur vom Herkunftslandprinzip ausgenommen (§ 22 Z 9-11 ECG).

Anstatt für die Definition der „Dienste der Informationsgesellschaft“ wie in der ECRL vorgesehen auf die Notifikationsrichtlinie [4] und damit auf das Notifikationsgesetz 1999 zu verweisen, sieht der Entwurf eine Legaldefinition (§ 3 Z 1 ECG, inhaltsgleich mit der bereits in § 2 Z 5 Zugangskontrollgesetz [5] getroffenen Bestimmung) vor, was zur besseren Verständlichkeit und Rechtsicherheit beiträgt.

Im Zuge der richtlinienkonformen Interpretation des ECG werden dennoch die Notifikationsrichtlinie und insbesondere die dort angeführten Anhänge heranzuziehen sein. Durch die fortschreitende Entwicklung und Konvergenz der Medien (zB M-Commerce – wohl unstrittig ein Dienst der Informationsgesellschaft, obwohl über das Sprachtelefonie-Netz abgewickelt) werden sich in Kürze Novellierungsbedarf und Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben - hier ist die vorgeschlagene Legaldefinition flexibel genug, um den ungeahnten technischen Möglichkeiten Rechnung zu tragen.

Erfasst sind alle Dienste, die die vier Kriterien

- in der Regel gegen Entgelt
- elektronisch
- im Fernabsatz
- auf individuellen Abruf des Empfängers

erfüllen, die Haftungsprivilegien der §§ 14 – 19 ECG gelten ausdrücklich auch für unentgeltliche Dienste.

Zur Definition von Werbung und anderen Maßnahmen der Absatzförderung (§ 3 Z 6 ECG) führen die Erläuterungen nichts Näheres aus, der Text der Richtlinie („kommerzielle Kommunikation“) wurde nicht übernommen. Insbesondere die Ausnahme in § 3 Z 6 lit b dürfte noch zu Interpretationsfragen führen: Bei unabhängigen und unentgeltlichen

Angaben kann es sich wohl nur um Berichterstattung (durch Online-Zeitschriften, Online-Zeitungen, durch unabhängige Organisationen, zB Warentests etc.) handeln. Entsprechend müssten auch solche Angaben von unabhängigen Dritten, die von Unternehmen auf ihre eigene Homepage übernommen wurden („Pressestimmen“ uä) von der Ausnahme umfaßt sein.

§ 4 ECG übernimmt die Definition des „koordinierten Bereichs“ aus der ECRL. Insgesamt kann wohl gesagt werden, dass mehr oder weniger alle nationalen Rechtsvorschriften in den koordinierten Bereich fallen können, sofern sie nicht unter eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip (§ 22 ECG) fallen oder durch eine Einzelmaßnahme (§ 23 ECG) gerechtfertigt werden können.

Nach § 4 Abs. 2 ECG sollen Rechtsvorschriften, die Waren(lieferungen) oder nicht elektronisch erbrachte Dienstleistungen betreffen, nicht erfasst sein. Dies entspricht insoweit Art 2 lit h ii ECRL und den Ausführungen in Erwägungsgrund 21.

Fraglich ist jedoch, ob tatsächlich eine unterschiedliche Behandlung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft durch die ECRL beabsichtigt war [6]. Dadurch könnte nämlich beim Online-Verkauf von Waren (sowie bei Dienstleistungen, die nicht elektronisch erbracht werden können) das Herkunftslandprinzip unterlaufen werden: Zwar dürfte ein Mitgliedstaat das Verpflichtungsgeschäft nicht seinen nationalen Regelungen unterwerfen, dessen Ausführung beim Verfügungsgeschäft könnte er jedoch vereiteln. Dies widerspricht dem *effet utile* der ECRL. Als Hinweis darauf, dass diese Auslegung nicht beabsichtigt war, kann auch der Satz „Tätigkeiten wie die Auslieferung von Waren als solche oder die Erbringung von Offline-Diensten werden nicht erfasst“ in Erwägungsgrund 18 verstanden werden.

Im übrigen entspringt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, das in der ECRL als Herkunftslandprinzip für Dienste der Informationsgesellschaft adaptiert wurde, der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (im folgenden EuGH) gerade zur Warenverkehrsfreiheit [7]. Insbesondere nationale Kennzeichnungsvorschriften für Waren können nach der Rechtsprechung oftmals nicht aufrecht erhalten werden, sofern sie nicht im einzelnen gerechtfertigt werden können [8].

Lediglich in Bezug auf sogenannte reine Verkaufsmodalitäten, die den Absatz inländischer und ausländischer Erzeugnisse rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise betreffen gab der EuGH durch die Keck-Rechtsprechung [9] seine bis dahin strenge Judikatur auf und akzeptierte hier divergierende nationale Bestimmungen, wobei jedoch als Grund für

diese Judikaturwende insbesondere auch die starke Arbeitsbelastung des EuGH ins Treffen geführt wurde!

Weiters ist zu bedenken, dass in anderen Rechtsordnungen keine Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft getroffen wird, und somit das Eigentum an Sachen bereits mit dem Verpflichtungsgeschäft übergeht (solo consensu, zB in Frankreich).

Wäre daher wohl die Online-Bestellung des Kunden kraft Herkunftslandprinzip zulässig, nicht aber deren Ausführung durch Versand der Ware, sähe sich der Diensteanbieter neben bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung auch Schadenersatzansprüchen des Bestellers ausgesetzt.

Betrachtet man die in Deutschland bestehende Diskussion um den Arzneimittelversand aus dem Ausland, so stellt sich die generelle Frage nach der Einordnung des Internethandels in die Dienstleistungsfreiheit: Ist Einkauf im Internet als Kauf des Kunden im Ausland zu sehen oder als Verkauf des Anbieters (auch) auf dem Markt des Landes, in dem der Besteller seinen Aufenthalt hat?

In ersterem Fall wäre es wohl nicht als Umgehung des Versandhandelsverbotes einzustufen, wenn Bestellung und Kauf online erfolgen, Abholung oder Versand jedoch durch den Kunden selbst durchgeführt werden (Lieferung = Erfüllungsort des Vertrages im Niederlassungsstaat), ist doch der Privatimport von Arzneimitteln zum Eigenbedarf zulässig.

## **2.2 Zulassungsfreiheit versus Aufsicht und Sanktionen**

§ 5 ECG statuiert richtlinienkonform die Zulassungsfreiheit für Dienste der Informationsgesellschaft. Abs. 2 stellt klar, dass Vorschriften, die auch offline gelten würden (zB das gesamte Gewerbe) davon unberührt bleiben. Wer also als Online-Händler auftritt, braucht eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe, wer Online-Banking anbietet eine Konzession nach dem Bankwesengesetz. Dies gilt natürlich nur, soweit österreichisches Recht nach dem Herkunftslandprinzip überhaupt anwendbar ist.

Im Gegensatz zur Zulassungsfreiheit normiert § 26 ECG jedoch, dass alle Diensteanbieter der Überwachung durch die KommAustria als Aufsichtsstelle unterliegen sollen. Insbesondere wird vorgesehen, dass diese Aufsichtsstelle gegenüber Diensteanbietern Maßnahmen ergreifen kann, die bis zur Untersagung der Tätigkeit gehen können. Das stellt jedoch gerade eine besondere Ausübungs- und Zulassungsvorschrift für den online-Bereich dar und ist

wohl als Verstoß gegen die Zulassungsfreiheit zu werten. [10]

Nach den Vorgaben der Richtlinie muss zwar eine Verbindungsstelle eingerichtet werden, dies jedoch als Ansprechpartner für andere Mitgliedstaaten und die Kommission. Dieser Stelle kommen Informationspflichten (inklusive Amtshilfe) zu, die Einrichtung eines eigenen Aufsichtsverfahrens ist nicht geboten:

Im gesamten Offline-Bereich werden Informationspflichten (zB Fernabsatzgesetz) nicht in dieser Weise kontrolliert, die Schaffung einer eigenen Aufsichtsbehörde als „content control“ ist abzulehnen.

Den Vorgaben der Richtlinie wird durch die Benennung einer Verbindungsstelle und die Normierung von Verwaltungsstrafen für Verstöße (§29 ECG) entsprochen, ansonsten spricht Art 19 ECRL nur von geeigneten Aufsichts- und Untersuchungsinstrumenten, was durch das österreichische Recht bereits erfüllt ist: Die einzelnen Diensteanbieter unterliegen den für sie zuständigen Aufsichtsbehörden, deren Zuständigkeit nicht zwischen online und offline differenziert (Gewerbebehörden, Rechtsanwaltskammer, Finanzmarktaufsicht, Ärztekammer...). Wo solche nicht bestehen, bleiben Verstöße dennoch durch die Verwaltungsstrafen und Unterlassungsklagen (einschließlich Verbandsklage) nach dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (im folgenden UWG) und dem Konsumentenschutzgesetz (KSchG) ausreichend sanktioniert.

Dass die Verwaltungsstrafen durch die KommAustria verhängt werden sollen, stellt Gleichklang mit der Vollziehung des Zugangskontrollgesetzes her.

Im übrigen jedoch ist die Wahl der KommAustria bzw. RTR-GmbH als Verbindungsstelle nicht überzeugend – die KommAustria ist als Infrastruktur-Regulierungsbehörde eingesetzt, nicht als „content control“. Als Verbindungsstelle zu Kommission und Mitgliedstaaten wäre etwa das Bundesministerium für Justiz ebenso geeignet.

Auch die gesetzliche Ermächtigung zur Ermittlung der „Gepflogenheiten und Gebräuche des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs“ (§ 27 ECG, Transparenz) scheint entbehrlich: Echte Handelsbräuche werden durch die Gerichte festgestellt, daneben ist es jedermann (Meinungsumfragen, Marktforschung...) unbenommen, Daten in anonymisierter Form per Umfrage zu erheben.

## **2.3 Informationspflichten**

§ 6 und § 7 ECG entsprechen - von sprachlichen Anpassungen abgesehen - der Richtlinie: Ein Diensteanbieter hat allgemeine Informationspflichten zu seinem Unternehmen, zu seinem Angebot und zu Preisangaben zu erfüllen, Werbemaßnahmen sind als solche zu kennzeichnen. Soweit österreichisches Recht auf den Diensteanbieter überhaupt anwendbar ist, gelten zusätzlich die nationalen Vorschriften.

Die Zulässigkeit unerbetener E-Mail-Zusendung fällt nicht unter das Herkunftslandprinzip. Österreich hat sich bereits mit § 101 Telekommunikationsgesetz für eine strenge Opt-in Lösung entschieden. [11]

Die Normierung einer Opt-out-Liste in § 8 ECG ist somit kontraproduktiv: Da in Österreich jede unerwünschte E-Mail ohnehin untersagt ist, soweit der Empfänger nicht zugestimmt hat, kann daran auch eine entsprechende Robinsion-Liste nichts ändern. Auch Empfänger, die sich nicht in eine solche Liste eingetragen haben, können sich gegen unerwünschte E-Mail zur Wehr setzen. Die Veröffentlichung einer solchen Liste ist daher irreführend, da insbesondere ausländische Diensteanbieter zur Annahme verleitet werden könnten, nur an in der Liste angeführte Empfänger dürfe keine unerbetene E-Mail geschickt werden.

Sollte daher nicht generell eine Änderung vom Opt-in zum Opt-out System überlegt werden, entfällt die Umsetzung des Art 7 ECRL für Österreich zu Gänze. Ein Hinweis auf § 101 TKG wäre jedoch aus Gründen der Rechtsicherheit angebracht.

## 2.4 Vertragsabschluss

§ 13 ECG findet keine Entsprechung in der Richtlinie, die Begründungen im Entwurf überzeugen nicht. Wer eine E-Mail-Adresse besitzt und diese bekannt gibt, muss damit rechnen, elektronische Post zu empfangen, genauso, wie er damit rechnen muss, Post an seine Postanschrift oder ein Telefax an seine Faxnummer zu erhalten. Eine Ungleichbehandlung zwischen E-Mail und Post bzw. Telefax ist abzulehnen, ist es für den Empfänger doch sogar einfacher, regelmäßig seine elektronische Post abzurufen, als sein Postfach/Telefax zu kontrollieren. Neben weltweiter Abrufbarkeit (im Urlaub, im Ausland) bestehen zudem die Möglichkeiten der automatischen Weiterleitung an eine andere Adresse sowie der automatischen Abwesenheitsnotiz.

Auch die Regelung, dass die Verwendung von E-Mail mit dem Verbraucher einzeln ausgehandelt werden muss, ist schon wegen § 101 Telekommunikationsgesetz absolut entbehrlich, da ohnehin zuerst die Zustimmung zum Erhalt von E-

Mails insgesamt eingeholt werden muss. Besitzt der Verbraucher jedoch eine E-Mail-Adresse und wurde dem § 101 Telekommunikationsgesetz Genüge getan, so sollte der Unternehmer dem Verbraucher auch E-Mails schicken dürfen: Schickt der Unternehmer seine Vertragserklärung an eine falsche E-Mail-Adresse, so kann diese ohnehin nicht als für den Verbraucher zugegangen gelten, da er diese nicht abrufen konnte, das Risiko liegt hier also beim Unternehmer.

## 2.4 Provider-Haftung

Die Bestimmungen über die Provider-Haftung [12] sind sicherlich jener Teil der Richtlinienumsetzung, der der Rechtsicherheit am meisten förderlich ist. Über die Vorgaben der ECRL hinaus wurden im ECG auch analoge Bestimmungen über die Haftung von Suchmaschinenbetreibern (§ 17 ECG) und für Hyperlinks (§ 18 ECG) aufgenommen. Insbesondere § 18 ECG über die Hyperlinkhaftung bringt einige Klarstellung über die Haftungsfrage, nachdem die kürzlich ergangenen Entscheidungen des OGH [13] bereits Anlass zu zahlreichen Überlegungen gegeben hatte.

Gemäß § 20 ECG gelten die genannten Haftungsprivilegien auch für nicht kommerzielle Diensteanbieter.

## 3. Die Umsetzung des Herkunftslandprinzips

Die sicher umstrittenste Bestimmung der ECRL ist das sogenannte Herkunftslandprinzip. Die Überlegungen in Wissenschaft und Lehre dazu sind bereits Legion. [14]

### 3.1 Was war gemeint?

Grund für die Verankerung des Herkunftslandprinzipes ist die per definitionem bestehende Universalität des Internets. Einmal im Netz, ist eine Website weltweit abrufbar, der Diensteanbieter potentiell mit der Anwendbarkeit sämtlicher Rechtsordnungen konfrontiert.

Wohl könnte er sich mit entsprechenden Disclaimern und Einschränkung seines Angebots auf bestimmte Staaten behelfen, eine derartige Beschränkung widerspricht aber den Zielen des Binnenmarktes: Ein Diensteanbieter soll sich innerhalb der Europäischen Gemeinschaft darauf verlassen können, dass ihm nicht sämtliche Rechtsordnungen der

einzelnen Mitgliedstaaten, sondern nur die rechtlichen Bestimmungen seines Niederlassungsstaates (Herkunftsland) entgegengehalten werden können.

### 3.2 generelle Ausnahmen

Das Herkunftslandprinzip gilt nur innerhalb des koordinierten Bereiches, definiert in Art 2 lit h ECRL, umgesetzt in § 4 ECG. Insgesamt kann jedoch gesagt werden, dass potentiell alle rechtlichen Bestimmungen [15] allgemeiner oder spezieller Art in den koordinierten Bereich fallen können – die Palette reicht hier sehr weit.

Bestimmte Rechtsbereiche sind jedoch überhaupt vom Herkunftslandprinzip ausgenommen, für diese gilt nationales Recht, sofern dieses nach Kollisionsregeln überhaupt anwendbar ist.

Als Ausnahmen von besonderer Tragweite für die Rechtsicherheit des Anbieters sind hier Urheberrecht bzw gewerbliche Schutzrechte überhaupt sowie vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge zu nennen.

Bei letzterer Ausnahme stellt sich die Frage nach der Tragweite des Begriffs „vertragliche Schuldverhältnisse“. Nach Erwägungsgrund 56 sind auch wichtige, für den Vertragsinhalt maßgebende Informationspflichten mitumfasst.

Gilt das nur für aus der Mindestharmonisierung der EU-Richtlinien (zB Fernabsatz) resultierende Bestimmungen oder auch für strengere nationale Umsetzungsmaßnahmen („golden plating“)? Als Beispiel sei die Belehrung über das Rücktrittsrecht nach der Fernabsatzrichtlinie [16] genannt: Reicht für den österreichischen Anbieter die Belehrung über die nach Richtlinienharmonisierung zustehenden 7 Werktage (§ 5d Abs. 1 KSchG), oder muss gegenüber Verbrauchern aus Deutschland das 14tägige Rücktrittsrecht nach dem dt. Fernabsatzgesetz ausdrücklich angeführt werden?

Dass sich der deutsche Verbraucher beim konkreten Vertragsverhältnis auf seine längere Rücktrittsfrist berufen wird können, muss wohl als Ausnahme vom Herkunftslandprinzip akzeptiert werden, für die Erfüllung der Informationspflicht sollte aber die Einhaltung der im Herkunftsland getroffenen Umsetzungsbestimmungen zur Fernabsatzrichtlinie ausreichend sein, um einen einheitlichen Webauftritt in allen 15 EU-Staaten zu ermöglichen. [17]

Dafür spricht auch die Möglichkeit von Einzelmaßnahmen gem. Art. 3 Abs. 4 lit a i) vierter Spiegelstrich ECRL aus Gründen des Verbraucher- und Anlegerschutzes, welche bei einem weiten

Verständnis der Ausnahme in Bezug auf Verbraucherverträge ins Leere ginge.

### 3.3 Einzelmaßnahmen

Genau wie bei der Warenverkehrsfreiheit (Art 30 EGV) haben die Mitgliedstaaten unter bestimmten, taxativ aufgezählten Gründen die Möglichkeit, vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung abzugehen und Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip vorzusehen, sofern sie einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft betreffen und verhältnismäßig sind.

Auch hier besteht die Gefahr, dass einzelne Mitgliedstaaten über den Umweg des Verbraucher- und Anlegerschutzes beschränkende nationale Bestimmungen aufrecht zu erhalten suchen. Zwar wird den Mitgliedstaaten vor Ergreifen dieser Maßnahmen auferlegt, bei dem für die Aufsicht zuständigen Mitgliedstaat auf Maßnahmenenergreifung zu drängen und auch die Kommission über derartige beabsichtigte Maßnahmen zu informieren, jedoch soll das nicht für Gerichtsverfahren gelten.

Nach den Erläuterungen soll somit der österreichische Richter im UWG-Verfahren den Ausnahmekatalog des § 23 ECG autonom anwenden können. Ob diese Auslegung richtlinienkonform ist, ist zu bezweifeln. Gemeint waren vielmehr individuelle Vollzugsmaßnahmen der mitgliedstaatlichen Behörden [18].

### 3.4 Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht

Besonders unklar scheint die Bedeutung des Art 1 Abs. 4 ECRL, wonach durch das Herkunftslandprinzip in Art 3 Abs. 1 ECRL weder zusätzliche Regeln im Bereich des Internationalen Privatrechts (im folgenden IPR) geschaffen werden, noch die Zuständigkeit der Gerichte berührt wird.

Wegen dieses scheinbaren Widerspruches hatte der juristische Dienst des Rates in einem Gutachten im Zuge der Beratungen auch vorgeschlagen, Art 3 Abs. 1 ECRL sehr wohl als Kollisionsnorm anzusehen [19].

Art 3 ECRL ist nach dem Umsetzungsentwurf jedoch nicht als Kollisionsnorm zu verstehen, sondern Ausdruck des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung. Nur sofern das nach den Regeln des IPR berufene Recht den koordinierten Bereich der Richtlinie einschränkt, wird das an sich nach IPR anwendbare

Recht kraft Herkunftslandprinzip vom Recht des Niederlassungsstaates des Diensteanbieters verdrängt.

Gegen die Sichtweise des Herkunftslandprinzips als Kollisionsnorm spricht auch, dass sonst Anbieter, die in Staaten mit tendenziell strengeren Regelungen (zB Österreich, besonders im Lauterkeitsrecht) niedergelassen sind, in Staaten mit liberalen Bestimmungen diskriminiert würden: Wäre nämlich jeder Anbieter allein und jedenfalls den Bestimmungen seines Herkunftslandes unterworfen, so müsste er strengere Bestimmungen seines Heimatrechtes auch im Bestimmungsland (Marktort) einhalten, obgleich die dort niedergelassenen Anbieter diesen Beschränkungen nicht unterliegen würden. Daher muss zuerst nach den Regeln des IPR das anwendbare Recht ermittelt werden – ist dieses liberaler als das Recht des Herkunftsstaates, bleibt es beim vom IPR berufenen Recht, ist dieses strenger, greift das Herkunftslandprinzip.

Art 1 Abs. 4 ECRL jedoch so zu verstehen, dass das Herkunftslandprinzip nicht nur als Verweis auf das Sachrecht des Niederlassungsstaates, sondern auch auf dessen IPR anzusehen ist, würde zu weit gehen: Da gerade im sensiblen Bereich des Wettbewerbs- und Werberechts durch die Regelungen des IPR in der Regel Marktortrecht zur Anwendung kommen würde, wäre der Sinn von Art 3 ECRL vollkommen unterlaufen und dem effet utile der Richtlinie widersprochen.

#### **4. Bedeutung des ECG für den österreichischen Diensteanbieter**

Von den Bestimmungen über die Haftungsprivilegierung von Providern abgesehen, kann der österreichische Diensteanbieter aus dem ECG nicht sehr viel gewinnen: Er bleibt den strengen nationalen Bestimmungen unterworfen, während in anderen EU-Staaten niedergelassenen Konkurrenten wohl zahlreiche Bestimmungen des österreichischen Rechts nicht mehr entgegengehalten werden können.

Was das für den Wirtschaftsstandort Österreich bedeuten wird, bleibt abzuwarten.

Zumindest kann sich der in Österreich niedergelassene Unternehmer nach dem Herkunftslandprinzip, das aber leider von den zahlreichen Ausnahmen äußerst durchlöchert wird, darauf verlassen, dass sein Webauftritt dann nicht beanstandet werden wird, wenn er sich an die österreichischen Bestimmungen hält. Dies kann von Vorteil sein, wenn die österreichische Rechtsordnung „liberaler“ ist als die anderer Mitgliedstaaten.

Nach Erwägungsgrund 57 können zwar Umgehungen durch „Niederlassungs-Shopping“ von den Mitgliedstaaten verhindert werden; wie die Erläuterungen zu Recht ausführen, dürfte die Durchsetzung jedoch nur via Kooperation mit den Behörden der anderen Mitgliedstaaten gelingen.

Eine spannende Frage durch Inkrafttreten des ECG wird jedoch die Haltung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs zur Inländerdiskriminierung sein, dazu näher unter Punkt 6.

### **5. Art 18 ECRL – effektiver Rechtsschutz?**

#### **5.1 außergerichtliche Streitbeilegung**

Regelungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung finden sich im ECG noch nicht, hier wird auf die Arbeiten zur Zivilverfahrensreform und zum Mediationsgesetz verwiesen. Anzumerken ist, dass derzeit nach österreichischem Recht (§14 Abs. 3 KSchG) gegenüber Verbrauchern die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts nicht wirksam vereinbart werden kann.

Gleiches gilt im übrigen auch nach der im März 2002 in Kraft tretenden VO Brüssel I [20]. Gegenüber Verbrauchern kann der ordentliche Rechtsweg also nicht abgeschnitten werden, jede außergerichtliche Streitbeilegung beschränkt sich somit auf gütliche Beilegung zugunsten des Verbrauchers, da diesem ja sonst – bei Mißfallen des Ergebnisses der Streitbeilegung – der Rechtsweg offen stehen würde.

#### **5.3 Wettbewerbsverstöße**

Wichtigstes Mittel zur Ahndung von Verstößen wird die Unterlassungsklage (Verbandsklage) nach § 1 UWG sein.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein österreichischer Mitbewerber seinen ausländischen Konkurrenten in Österreich wegen eines Verstoßes gegen das Recht dessen Herkunftslandes auf Unterlassung klagen kann [21]: Da Art 1 Abs. 4 ECRL ausdrücklich besagt, dass sich die Richtlinie „mit der Zuständigkeit der Gerichte nicht befasst“, richtet sich der Gerichtsstand nach EuGVÜ, wonach das Gericht am Deliktort zuständig ist. [22]

Sieht man das Herkunftslandprinzip als Kollisionsregel, müßten die nationalen Gerichte im UWG-Verfahren einen Verstoß gegen materielles Herkunftslandrecht feststellen und untersagen. Dies scheint im Hinblick auf Grundsatz, dass eine fremde Rechtsordnung nicht angewendet werden soll, wo sie selbst (kraft IPR) nicht angewendet werden will,

problematisch. Zu bevorzugen ist daher die Sichtweise des Herkunftslandprinzips als Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, wonach österreichisches Recht durch das Recht des Herkunftslandes verdrängt wird und insoweit unangewendet gelassen werden muss.

## **6. Inländerdiskriminierung – Verfassungsrecht und Herkunftslandprinzip**

Rein nationale Sachverhalte interessieren nach ständiger Judikatur des EuGH das EU-Recht nicht, Inländerdiskriminierung ist somit europarechtlich zulässig [23].

Nach der Judikatur des EuGH kann sich ein Dienstleistungserbringer aber auch gegenüber dem eigenen Niederlassungsstaat auf die Dienstleistungsfreiheit gem. Art 49 EGV berufen, wenn die nationalen Regelungen sie in der grenzüberschreitenden Ausübung ihrer Dienstleistung beschränken [24].

Fraglich ist nunmehr, ob im Internet rein nationale Sachverhalte überhaupt denkbar sind [25].

Wenn man davon ausgeht, dass ein Internetauftritt immer einen grenzüberschreitenden Sachverhalt darstellt, könnte sich ein nationaler Diensteanbieter, der aufgrund des Herkunftslandprinzipes nach Art 3 ECRL strengeren Anforderungen unterworfen ist als seine ausländischen Konkurrenten, uU direkt auf die Dienstleistungsfreiheit stützen, um die Anwendung des strengeren nationalen Rechts als Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs zu verhindern.

Das Sekundärrecht (ECRL) würde somit die Beibehaltung strengerer nationaler Bestimmungen für die „eigenen“ Anbieter erlauben, die Berufung jener Anbieter auf Primärrecht (Art 49 EGV) jedoch diese strengeren nationalen Bestimmungen kraft Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts verdrängen.

Selbst wenn mithilfe des EU-Rechts die Inländerdiskriminierung nicht beseitigt werden kann, könnte das nationale Verfassungsrecht das befürchtete „race to the bottom“ in Gang setzen, hat doch der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise schon entschieden [26], dass Inländer nicht strenger behandelt werden dürfen als EU-Ausländer. Sobald das ECG in Kraft tritt, ist wohl mit entsprechenden Verfassungsbeschwerden zu rechnen (Individualanträge dürften zulässig sein). Es bleibt abzuwarten, ob der VfGH seine diesbezügliche

Judikaturlinie weiterführen wird. Angesichts der Liberalisierung in Deutschland (Abschaffung der Zugabenverordnung und des Rabattgesetzes) wird hier ein besonderer Druck auf Österreich entstehen.

[1] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABi L 178 vom 17. Juli 2000, 1.

[2] Entwurf für ein Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG), auf der Homepage des BMJ abrufbar unter <http://www.justiz.gv.at/gesetzes/ecommerce.html>.

[3] BGBl I 2000/185.

[4] Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABi L 204 vom 21.7.1998, 37, idF RL 98/48/EG, ABi L 217 vom 5.8.1998, 18.

[5] BGBl I 60/2000, in Umsetzung der Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABi L 320 vom 28.11.1998, S. 54.

[6] In diesem Sinne jedoch G. Spindler, „E-Commerce in Europa“, *MMR MultiMedia und Recht - Beilage*, Vlg. C.H.Beck, München, 7/2000, [7], S. 4-21.

[7] Dassonville-Formel: Als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung gilt „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell einzuschränken.“, EuGH Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn 5; EuGH Rs. 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649.

[8] vgl. zB EuGH Rs. Mars C-470/93, Slg. 1995, I-1923.

[9] EuGH Rs 267/91, Slg. 1993, I-6097.

[10] Im übrigen ergeben sich auch Probleme im Hinblick auf das nationale Recht: Derartige Untersagungen wären wohl als Maßnahmen unmittelbarer Zwangsgewalt zu werten, kann doch durch die Aufsichtsstelle nicht die Gewerbeberechtigung entzogen werden (soll durch Bescheid der KommAustria dem Provider das „take down“ der Homepage des inkriminierten Diensteanbieters angeordnet werden?).

[11] Dazu G. Laga, „Das österreichische Spam-Verbot“, *ÖBl Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Wien, 2000, S. 243-249.

[12] S. Freytag, „Providerhaftung im Binnenmarkt“, *CR Computer und Recht*, Vlg. Dr. Otto Schmidt, Köln, 9/2000, S. 600-609.

[13] OGH, 19. 12. 2000, 4 Ob 274/00y

[14] zB A. Tettenborn, „E-Commerce-Richtlinie: Politische Einigung erzielt“, *K&R Kommunikation und Recht*, Vlg. Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2/2000, S. 59-63;

N. Härting, „Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie“, *DB Der Betrieb*, Vlg. Handelsblatt, Düsseldorf, 2/2001, S. 80-82; H.-J. Ahrens, „Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie“, *CR Computer und Recht*, Vlg. Dr. Otto Schmidt, Köln, 12/2000, S. 835-841.

[15] Einschließlich Schadenersatzrecht und Strafrecht.

[16] Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz im Fernabsatz, ABl. L 144 vom 4. Juni 1997, 19.

[17] So auch C. Brenn, „Der elektronische Geschäftsverkehr“, *Österreichische Juristenzeitung*, Vlg. Manz, 1999, [485], S. 481-490.

[18] So auch Brenn, „Geschäftsverkehr“, S. 484.

[19] Ratsdokument 11190/99.

[20] Verordnung 44/2001/EG des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 vom 16.1.2001, 1-23.

[21] Ausführlich dazu F. Bernreuther, „Die Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandsrechts nach Art 3 Abs. II EC-RL“, *WRP Wettbewerb in Recht und Praxis*, Deutscher Fachverlag, Frankfurt, 2001, S. 384-391.

[22] AA Bernreuther, der sich für die Zuständigkeit des Herkunftslandgerichtes ausspricht, *WRP* 2001, S. 386.

[23] Vgl. aus der jüngeren Judikatur zu Art 52 EGV Urteil vom 28.1.1992, Lopez Brea und Hidalgo Palacios, verbundene Rs C-330/90 und C-331/90, Slg. 1992, I-323; Urteil vom 26.1.1993, Werner, C-112/91, Slg. 1993, I-429.

[24] sogenannte Ausgangsfreiheit; EuGH Rs. C-384/94, Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141; vgl. dazu T. Eilmansberger, „Zur Reichweite der Grundfreiheiten des Binnenmarktes (Teil II)“, *JBl Juristische Blätter*, Vlg. Springer, Wien, 1999, [449], S. 434-454.

[25] J. Apel und T. Grapperhaus, „Das Offline-Online-Chaos oder wie die Europäische Kommission den grenzüberschreitenden Werbemarkt zu harmonisieren droht“, *WRP Wettbewerb in Recht und Praxis*, Deutscher Fachverlag, Frankfurt, 1999, [1257], S. 1257-1259.

[26] VfGH 9.12.1999, G42/99